

EMMANUELE PENCO

La “perenne emergenza” delle professioni sanitarie, dalla pandemia alla «grave carenza di personale»: limitazione della responsabilità e grado della colpa nel c.d. decreto “Milleproroghe”

Con la legge di conversione del decreto c.d. “Milleproroghe” il legislatore ha introdotto nel sistema un nuovo “scudo penale” per gli operatori sanitari, costruito sulla scorta delle limitazioni di punibilità previste per il periodo della crisi pandemica. Con il presente lavoro si intende *in primis* analizzare la nuova fattispecie esimente attraverso un confronto con il modello dell’art. 3-bis d.l. 44/2021, con lo scopo di segnalare le questioni interpretative che emergono dal dato normativo. Nella seconda parte dello scritto verranno invece svolte alcune considerazioni critiche sulla scelta legislativa di riproporre il modello delle “norme scudo”, dalle quali si prenderà lo spunto per alcune riflessioni in prospettiva *de jure condendo*.

The healthcare professionals’ ‘perennial emergency’, from pandemic to ‘severe staff shortage’: liability limitation and negligence degree in the so-called ‘Milleproroghe’ decree.

With the law converting the so-called ‘Milleproroghe’ decree, the legislator introduced a new ‘criminal shield’ for healthcare professionals, molded on the limitations of liability provided for pandemic crisis. The paper will first analyze the new exemption rule, through a comparison with the model of art. 3bis d.l. 44/2021, aiming at pointing out the interpretative issues that emerge from the law. In the second part, on the other hand, some critical considerations on the legislative choice of re-proposing the model of ‘shield rules’ will be made, from which some reflections will be taken in a de jure condendo perspective.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La genesi dello “scudo Milleproroghe”: tra istanze di depenalizzazione dell’atto medico e “nuova emergenza” della crisi di personale. - 3. La nuova norma: proroga o riformulazione della fattispecie di cui all’art. 3-bis d.l. 44/2021? - 4. L’ambito oggettivo di applicazione: il richiamo alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p. - 4.1. (*segue*): la qualifica di esercente una professione sanitaria. - 4.2. (*segue*): il limite temporale del 31 dicembre 2024. - 4.3. (*segue*): la rilevanza delle situazioni di «grave carenza di personale sanitario». - 5. Il limite della colpa grave e i criteri di giudizio per l’accertamento in concreto. - 6. *Quousque tandem?* La «perenne emergenza» della responsabilità penale medica. - 7. Verso la futura articolazione della colpa medica: oltre l’eredità della stagione delle “norme scudo”.

1. *Premessa.* Lungi dall’essersi sciolto con il tramonto della tempeste pandemica, lo stretto legame tra situazione emergenziale (di qualunque matrice essa sia) e statuto della responsabilità penale degli operatori sanitari è stato confermato e rinvigorito - pur sotto nuove sembianze - dalla L. 23 febbraio

2024, n. 18, di conversione del decreto c.d. “Milleproroghe” (d.l. 30 dicembre 2023, n. 215). In tale sede, infatti, sono stati introdotti all’art. 4 del decreto (rubricato «Proroga di termini in materia di salute») due ulteriori commi, l’8-*septies* e l’8-*octies*, volti a riproporre quella peculiare «limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave» già sperimentata dall’art. 3-*bis* del d.l. 1° aprile 2021, n. 44¹, ricollegandola – questa volta – «ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi fino al 31 dicembre 2024 nell’esercizio di una professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario»².

Il paradigma della colpa medica, già di per sé *speciale* in quanto governato dall’art. 590-*sexies* c.p.³, conosce dunque oggi un’ulteriore declinazione *eccezionale*, idonea a sovrasciversi (pur temporaneamente) alla disposizione codicistica in presenza di fatti di omicidio e lesioni colpose commessi nel contesto dell’attuale e diffuso *deficit* di operatori sanitari⁴. Assistiamo, così, al quinto intervento normativo in poco più di un decennio (il primo nel periodo post-pandemico) con il quale il legislatore mostra di volersi fare carico delle

¹ Con riferimento allo “scudo” previsto dall’art. 3-*bis* d.l. 44/2021 v. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, in www.sistemapenale.it, 1° giugno 2021; CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, *ivi*, 1° giugno 2021; ID., *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 590-sexies c.p.*, in www.discrimen.it, 22 aprile 2022; ID., *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *Enc. dir., I tematici, II, Reato colposo*, diretto da Donini, Milano, 2021, 340 ss.; CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica: vera innovazione o disposizioni dal valore meramente simbolico?*, in *Arch. pen. web*, 2021, 2; CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1171 ss. Sul tema, v. anche la Relazione dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione n. 35 del 2021, pubblicata in www.sistemapenale.it, 24 giugno 2021.

² Per un primo commento alla “norma scudo” contenuta nel decreto “Milleproroghe” v. PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in www.sistemapenale.it, 23 febbraio 2024; IADECOLA, *Lo stato dell'arte nella colpa medica, tra leggi temporanee ed aperture giurisprudenziali*, *ivi*, 16 aprile 2024.

³ Sulla natura “speciale” dello statuto penale della colpa medica v., per tutti, CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 213 ss.; più di recente, MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, 2021, 15 ss.

⁴ In relazione all’introduzione di modelli *lato sensu* eccezionali di illecito colposo durante la tempesta pandemica, nella prospettiva di un contenimento della responsabilità penale, v. CUPELLI, *Covid-19 e responsabilità colposa*, cit., 340 ss. Più oltre avremo modo di precisare come tali forme di intervento – alle quali si rifà espressamente lo “scudo Milleproroghe” – risultino solo apparentemente “eccezionali”, posto che esse veicolano, di fatto, una disciplina ispirata all’operare dei principi generali dell’illecito colposo: sul punto v. meglio *infra*, par. 6.

esigenze di contenimento della responsabilità penale espresse dal personale sanitario, anche nell’ottica di una gestione “centralizzata” del *collateral effect* costituito dal fenomeno della medicina difensiva⁵: dopo il c.d. decreto “Balduzzi”, la c.d. legge “Gelli-Bianco” e le due norme volte a perimetrare la responsabilità di vaccinatori e operatori sanitari introdotte durante la pandemia da SARS-Cov-2⁶, ecco che nella *Wunderkammer* del normatore contemporaneo viene forgiato un nuovo «limitatore della penalità»⁷, che dimostra la perdurante fortuna di cui ancora gode il discutibile modello delle “norme-scudo”⁸. Un’espressione, quest’ultima, ormai diffusa nella *vulgata* giornalistica e che, pur se invisibile a una buona parte della dottrina penalistica⁹, comunque presenta – a noi pare – una qualche capacità connotativa: l’immagine dello “scudo”, piaccia o meno, evoca infatti in modo efficace l’idea per la quale la strumentazione ordinaria di cui dispone il diritto penale non sia adeguata nella situazione che viene di volta in volta in rilievo, mostrandosi incapace di evitare un’attribuzione di responsabilità penale che rischia di divenire incontrollabile.

⁵ Per un inquadramento del fenomeno della medicina difensiva nei termini di un “effetto collaterale” delle opzioni di criminalizzazione, sia consentito il rinvio a PENCO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari: dalla medicina difensiva alla politica delle “norme scudo”*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di Galli-Recchia, Napoli, 2023, 209 ss.

⁶ Oltre al già richiamato art. 3-bis, viene in rilievo anche l’art. 3 d.l. 44/2021, volto a introdurre uno “scudo penale” per gli operatori sanitari coinvolti nella campagna di vaccinazione anti SARS-CoV-2; sul tema v. PIRAS, *La non punibilità per eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in www.sistemapenale.it, 23 aprile 2021; FURIA, *Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. pen. web*, 2021, 1; AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, in *Guida dir.*, 2021, 16, 49 ss.; CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1172 ss.; volendo, anche PENCO, *“Norma-scudo” o “norma-placebo”? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in www.sistemapenale.it, 13 aprile 2021.

⁷ L’evocativa immagine della «*Wunderkammer* del legislatore penale contemporaneo» è presa in prestito da CONSULICH, *Nella Wunderkammer del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano danni reali*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 153 ss.; in relazione alla funzione dei «limitatori di penalità» v. invece BRUNELLI, *Limitatori della penalità: dall’abuso d’ufficio alla gestione datoriale del rischio covid-1*, in *Arch. pen. web*, 2021, 2, che richiama l’immagine elaborata da PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021.

⁸ Sul tema, con riferimento ai recenti esempi di «scudo dalla pena» elaborati dal legislatore, v. per tutti BRUNELLI, *Scudo*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, III, Parole dal lessico di uno studioso*, a cura di Piergallini-Mannozi-Sotis-Perini-Scoletta-Consulich, Milano, 2022, 1831 ss.

⁹ In senso critico rispetto all’utilizzo dell’espressione in parola proprio con riferimento alle novità introdotte dal legislatore pandemico in materia di colpa medica v. CUPELLI, *Gestione dell’emergenza pandemica e rischio penale*, cit., par. 7.

lata e incontrollabile¹⁰.

2. *La genesi dello “scudo Milleproroghe”: tra istanze di depenalizzazione dell’atto medico e “nuova emergenza” della crisi di personale.* Il periodo pandemico, come da più parti rilevato, ha messo definitivamente in luce l’inadeguatezza del modello di responsabilità penale medica fondato sull’art. 590-*sexies* c.p. (e sulla sua riformulazione giurisprudenziale ad opera delle Sezioni Unite “Mariotti”¹¹), specie in ragione del ruolo centrale attribuito alle linee guida e alle buone prassi¹²: strumenti, questi ultimi, che oltre alla possibile deriva verso una standardizzazione e burocratizzazione dell’attività terapeutica¹³, hanno dimostrato la loro patente inefficacia di fronte a quei fenomeni epidemici a rischio sanitario ignoto che la scienza medica ormai preconizza come possibili accadimenti ciclici¹⁴.

Quello della responsabilità penale degli operatori sanitari rimane dunque un cantiere aperto, nel quale anche la presente compagine governativa ha mostrato di volersi impegnare attraverso l’istituzione da parte del Ministro della

¹⁰ In questi termini CAPUTO, *Logiche e modi dell’esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in www.laegislazionepenale.eu, 22 giugno 2020, 3.

¹¹ Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8870, in *Giur. it.*, 2018, 944 ss., con nota di RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell’imperizia “lieve” del medico*.

¹² Sulla fondamentale funzione delle linee-guida e delle buone prassi, intese come epifenomeno di «autonormazione di fonte medico-chirurgica», rispetto all’assetto della responsabilità penale degli operatori sanitari v. da ultimo TAVERRITI, *L’autonormazione medica al banco di prova dei formanti penali*, in www.laegislazionepenale.eu, 16 aprile 2024.

¹³ Profili critici evidenziati, tra gli altri, da NOCCO, *Le linee guida e le “buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica” nella “legge Balduzzi”: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. med. leg.*, 2013, 781 ss., e D’ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. med. leg.*, 2014, 935.

¹⁴ Con riferimento all’incapacità dell’art. 590-*sexies* c.p. di operare in un contesto emergenziale, *ex multis*, CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it, 30 marzo 2020; ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in www.laegislazionepenale.eu, 19 maggio 2020; CAPUTO, *Logiche e modi dell’esenzione da responsabilità penale*, cit., 5; CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario, Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 12 ss.; LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giur. pen. web*, 2020, 4, 8 ss. Più di recente, sull’avenuta frammentazione della colpa medica in un modello operativo per le situazioni «di normalità» e per «quelle di emergenza», v. BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario a partire dall’esperienza del diritto penale pandemico*, in www.sistemapenale.it, 19 marzo 2024.

Giustizia, nel marzo del 2023, di una Commissione per lo studio e l'approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica, i cui lavori si sono da poco conclusi¹⁵.

A tenere alta l'attenzione sul tema ha poi contribuito in modo decisivo la pressione - mediatica e politica - esercitata dalle categorie professionali interessate, attraverso le loro diverse articolazioni associative: forti del significativo credito (morale e sociale) maturato durante la recente crisi pandemica e alla luce dei risultati effettivamente ottenuti in tale contesto sul piano del contenimento degli spazi di punibilità, gli operatori sanitari non solo hanno continuato ad auspicare, *pro futuro*, la piena depenalizzazione dell'atto medico, ma, guardando al presente, hanno ben presto individuato una "nuova emergenza" del nostro sistema sanitario, la quale reclamerebbe - quasi *par ricochet* - una altrettanto nuova forma di limitazione della responsabilità penale colposa. A venire in rilievo è, questa volta, la carenza di personale che si registra a fronte della sempre crescente domanda di servizi assistenziali: una crisi, quest'ultima, che a ben vedere non è solo nazionale, ma che ha assunto una dimensione europea e che, nonostante il numero in continuo aumento di operatori sanitari e sociosanitari in servizio, vede ancora lontano l'obiettivo di colmare il *gap* complessivo, stimato dall'OMS già nel 2013 in 1,6 milioni di unità¹⁶.

Di queste esigenze, nel corso dei lavori relativi al d.d.l. di conversione del decreto "Milleproroghe", si sono fatte direttamente portatrici alcune delle principali associazioni di settore le quali, con memorie e documenti depositati presso le Commissioni Affari Costituzionali e Bilancio della Camera, hanno posto l'attenzione sull'opportunità di un intervento *ad hoc* in materia di responsabilità penale degli operatori sanitari¹⁷. Ribadito l'auspicio di una «solu-

¹⁵ Con d.m. 28 marzo 2023 il Ministro della Giustizia ha istituito una «Commissione per lo studio e l'approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica», presieduta dal dott. Adelchi D'Ippolito; ai sensi dell'art. 4 del decreto istitutivo «[l]a Commissione concluderà i propri lavori entro un anno dalla data di istituzione».

¹⁶ Con riferimento alla portata e alla diffusione della crisi data dalla carenza di personale sanitario v. PESARESI, *La carenza di personale riguarda tutta l'Europa: all'appello mancano 1,6 mln di operatori. Dagli stipendi al miglioramento delle condizioni di lavoro. Ecco cosa fare per invertire la rotta*, in www.quotidianosanità.it, 10 ottobre 2023.

¹⁷ Diversi sono gli *stakeholders* del settore sanitario che hanno partecipato ai lavori presso le Commissioni Affari Costituzionali e Bilancio della Camera, producendo documenti di sintesi consultabili

zione definitiva che porti alla depenalizzazione dell'atto medico come in quasi tutti gli altri Paesi»¹⁸, tanto la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici (FNOMCeO) quanto l'Associazione Sindacale ANAAO-ASSOMED hanno comunque richiesto l'introduzione di una disposizione transitoria che, sul modello dello "scudo penale" tratteggiato dall'art. 3-*bis* del d.l. 44/2021, limitasse temporaneamente - almeno fino a tutto il 2025 - la punibilità dei fatti di omicidio e lesioni colpose commessi dai professionisti sanitari ai soli casi di colpa grave, in ragione di quella «vera e propria emergenza»¹⁹ costituita dalle «particolari condizioni di lavoro derivanti dalla carenza di personale, nonché dalla scarsità dei mezzi a disposizione», fattori ambientali che «tolgono serenità agli operatori che lavorano negli ospedali e sul territorio nel Servizio sanitario nazionale, incentivando la cosiddetta medicina difensiva»²⁰.

Siffatte istanze hanno saputo raccogliere un consenso trasversale tra le forze politiche, tanto che sul punto sono state presentate in sede di conversione del decreto cinque proposte emendative all'art. 4, formulate da esponenti di partiti sia di maggioranza che di opposizione, tutte di contenuto sostanzialmente analogo.

In particolare, gli emendamenti 4.73 (Patriarca e altri), 4.75 (Malavasi) e 4.77 (Faraone) prevedevano, da un lato, l'estensione agli anni 2024 e 2025 dell'applicabilità delle «disposizioni di cui all'articolo 3-*bis* del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44», riproponendo contestualmente, dall'altro, «fino al 31 dicembre 2025 [e] nelle more di una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», il limite della colpa grave per la punibilità dei fatti di omicidio e lesioni colpose commessi da esercenti una professione sanitaria «che trovano causa nelle crescenti criticità lavorative in cui versano le aziende e gli enti del Servizio sanita-

all'indirizzo <https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1633>, in particolare, oltre a quelli della FNOMCeO e della ANAAO-ASSOMED - sui quali ci soffermeremo più diffusamente - risultano acquisiti in sede referente documenti e memorie provenienti dalla FIMMG (Federazione italiana dei medici di famiglia) e dalla FederSpecializzandi (Associazione nazionale dei medici in formazione specialistica), con i quali veniva sollecitata (tra l'altro) l'introduzione in sede di conversione in legge del decreto di una norma limitativa della responsabilità penale dei medici.

¹⁸ In questo senso, espressamente, la memoria FNOMCeO, p. 2.

¹⁹ Così veniva definita nella memoria ANAAO-ASSOMED, p. 2.

²⁰ In questi termini, ancora, la memoria FNOMCeO, p. 3.

rio nazionale, determinata dall'eccezionale carenza di personale», con l'indicazione - infine - di alcuni fattori funzionali alla valutazione tanto «del grado della colpa» quanto «della scarsità delle risorse umane»²¹.

Diversa, ma solo sul piano della tecnica di formulazione normativa, la proposta 4.80 (Girelli), la quale ipotizzava un intervento di interpolazione diretta dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 volto a introdurre il 31 dicembre 2025 quale nuovo termine di vigenza della norma, a inserire il riferimento alla «carenza dei mezzi e del personale sanitario, nonché [a]gli eccessivi carichi di lavoro» quale fattore causativo del fatto di omicidio o lesioni, e a riformulare i criteri di giudizio del grado della colpa, introducendone di nuovi per la valutazione della situazione di *deficit* di personale²².

²¹ In particolare, le proposte emendative nn. 4.73, 4.75 e 4.77 risultavano sostanzialmente sovrapponibili, proponendo di aggiungere all'art. 4 un comma 8-*bis* così formulato: «Le disposizioni di cui all'articolo 3-*bis* del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, si applicano anche per gli anni 2024 e 2025. A decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino al 31 dicembre 2025, nelle more di una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nelle crescenti criticità lavorative in cui versano le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, determinata dall'eccezionale carenza di personale, sono punibili solo nei casi di colpa grave. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, delle reali condizioni di lavoro e della scarsità delle risorse umane, materiali e finanziarie concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, del particolare contesto organizzativo in cui l'esercente la professione sanitaria si è trovato ad agire, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte alle criticità».

L'emendamento n. 4.73 si caratterizzava per la previsione di un ulteriore periodo finale, nel quale venivano enunciati alcuni parametri per la valutazione della situazione di scarsità delle risorse umane: «Ai fini della valutazione della scarsità delle risorse umane di cui al precedente periodo, il giudice tiene altresì conto del Piano triennale dei fabbisogni di personale dell'ente o dell'azienda del Servizio sanitario nazionale presso cui è assunto il professionista sanitario sottoposto a giudizio». In relazione a tale ultimo profilo v. più diffusamente *infra*, par. 4.3.

²² L'emendamento n. 4.80, in questo senso, prevedeva espressamente l'introduzione all'art. 4 di un comma 8-*bis* dal seguente tenore: «All'articolo 3-*bis* del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, le parole da: «Durante lo stato di emergenza» fino a: «e successive proroghe» sono sostituite dalle seguenti: «Fino al 31 dicembre 2025» e la parola: «emergenza» è sostituita dalle seguenti: «carenza dei mezzi e del personale sanitario, nonché negli eccessivi carichi di lavoro»;

b) al comma 2, le parole da: «della limitatezza» fino a «, nonché» sono soppresse e le parole da: «oltre che» fino a: «all'emergenza» sono sostituite dalle seguenti: «nonché dei carichi di lavoro.»;

c) dopo il comma 2, sono aggiunti i seguenti:

2-*bis*. Nella valutazione di cui al comma 2, si tiene conto del Piano triennale dei fabbisogni di personale dell'ente o dell'azienda del Servizio sanitario nazionale di appartenenza del professionista sottoposto a giudizio.

Più sintetico, infine, l'emendamento 4.81 (Ciancitto e altri) che, sempre collocandosi espressamente «nelle more della revisione della disciplina sulla responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie di cui alla legge 8 marzo 2017 n. 24», prevedeva l'applicazione della limitazione di punibilità *ex art. 3-bis* d.l. 44/2021 fino al 31 dicembre 2024 «in considerazione della contingente situazione di grave carenza di personale», senza tuttavia formulare indicatori *ad hoc* di valutazione della gravità della colpa²³.

Tutte le richiamate proposte emendative venivano accantonate nella seduta delle Commissioni Affari Costituzionali e Bilancio riunite dell'8 febbraio 2024 in vista di una loro comune riformulazione, poi effettivamente avvenuta nei termini del testo successivamente approvato in data 13 febbraio e confluito nei nuovi commi 8-*septies* e 8-*octies* dell'art. 4.

La disposizione definitiva, già a prima lettura, si dimostra più vicino all'impostazione di sintesi dell'emendamento 4.81²⁴: una scelta, quest'ultima, che - come avremo modo di verificare nel prosieguo - non ha mancato di generare alcune questioni interpretative, acute dal confronto con il modello costituito dallo "scudo penale" pandemico.

3. La nuova norma: proroga o riformulazione della fattispecie di cui all'art. 3-bis d.l. 44/2021? Le iniziative legislative descritte al paragrafo precedente dimostrano come la volontà politica dell'attuale Governo si articoli in una duplice direzione: da un lato, è stato avviato un processo di «generale ripensa-

^{2-ter}. Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche ai medici convenzionati con il Servizio sanitario nazionale.

^{2-quater}. Nella valutazione del grado di colpa dei medici convenzionati, oltre ai criteri di cui al comma 2, si considera se il numero di assistiti per ogni professionista supera quello previsto dall'Accordo collettivo nazionale 2016-2018 sui rapporti con i medici di medicina generale.».

²³ Questo il testo dell'ulteriore comma che si proponeva di aggiungere all'art. 4: «Nelle more della revisione della disciplina sulla responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie di cui alla legge 8 marzo 2017 n. 24, la limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave prevista dall'articolo 3-*bis* del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, continua ad applicarsi fino al 31 dicembre 2024 per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria, in considerazione della contingente situazione di grave carenza di personale».

²⁴ Basti considerare come l'ambito di applicazione della norma sia stato infine limitato al solo 2024 e come non vengano riproposti i riferimenti ai parametri di valutazione della situazione di grave carenza del personale; di contro, sono ripresi, al comma 8-*octies*, alcuni dei parametri di giudizio enucleati nelle altre proposte emendative. Su tutti questi punti avremo modo di soffermarci nei paragrafi che seguono.

mento dello statuto penale della responsabilità colposa in ambito sanitario»²⁵, attraverso l’istituzione di una Commissione di studio *ad hoc*; dall’altro, si è ritenuto di promuovere comunque un «intervento *minimo*»²⁶, dichiaratamente provvisorio, che potesse fungere da norma transitoria, in attesa che vada a completarsi il quadro più ampio della riforma. La via più agevole, in quest’ultimo senso, si è ritenuto fosse quella di un “recupero” del modello eccezionale costituito dall’art. 3-*bis* d.l. 44/2021, la cui protezione dalle istanze concrete di criminalizzazione – pur con qualche mirata mutazione evolutiva – è stata di fatto “prorogata” per un’ulteriore parentesi temporale. L’evidenza della logica che ispira siffatto *modus operandi* è fornita dalla *sedes materiae* che ha accolto questa cripto-riforma: proprio il decreto denominato (appunto) “Milleproroghe” è evidentemente sembrato il luogo opportuno e più «naturale»²⁷ per mettere in campo un intervento che non aspira ad avere portata strutturale, ma che vuole piuttosto ritagliare un’ultima parentesi di efficacia al modello pandemico degli “scudi” in campo sanitario²⁸.

Nonostante la norma in commento sia dunque saldamente innestata sul ceppo del più volte richiamato art. 3-*bis*, la stessa – si è detto – presenta profili di novità, risultando a ben vedere improprio parlare *sic et simpliciter* di avvenuta “proroga” della previgente disposizione: è d’altronde evidente come la peculiare limitazione della punibilità alla sola colpa grave di cui al d.l. 44/2021 fosse strettamente legata al contesto pandemico, tanto sul piano sostanziale, posto che la situazione di emergenza epidemiologica si presentava quale imprescindibile fattore causale dell’evento infausto²⁹, quanto sul piano formale,

²⁵ Così CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit. 17, descrivendo l’alternativa che definisce di «intervento *massimo*, di carattere più generale e ambizioso».

²⁶ *Ibid.*

²⁷ In questo senso la già richiamata memoria FNOMECeO, p. 1, ove si rileva come «il disegno di legge in titolo potrebbe essere la sede naturale per una estensione del campo di applicazione dell’articolo 3-*bis* della Legge 28 maggio 2021, n. 76».

²⁸ Viene così perpetuata quella tendenza particolaristica che ha portato alla costruzione di statuti differenziati dell’illecito colposo: rispetto a tale fenomeno, da tempo censito dalla dottrina penalistica, v. per tutti DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 334 ss.; CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 240 ss.; GIUNTA, *Culpa, culpae*, in *Criminalia*, 2018, 569 ss. Di recente, anche prendendo in considerazione l’esperienza pandemica delle “norme scudo”, CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, 16 ss.

²⁹ Sul punto PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2; CUPELLI, *La colpa medica e la gestione*

nella misura in cui l'efficacia temporale della stessa era limitata alla sussistenza dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri³⁰. Impensabile, dunque, un ulteriore periodo di vigenza della norma una volta venuto meno l'elemento essenziale della crisi pandemica.

Certo è che, ad ogni modo, il nuovo “scudo Milleproroghe” risulta doppiamente legato all'art. 3-*bis* d.l. 44/2021: una connessione che si apprezza già sul piano della *littera legis*, nella misura in cui il comma 8-*septies* dell'art. 4 espressamente prevede che «la limitazione della punibilità [...] prevista [...] dall'art. 3-*bis* del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 [...] *si applica altresì* ai fatti» di omicidio e lesioni colpose rientranti nell'ambito operativo della più recente disposizione³¹; ma anche conducendo un confronto strutturale, le due norme – come avremo modo di vedere – appaiono sostanzialmente speculari. Se dunque il *contenitore* è costruito fedelmente sul modello dell'esperienza del legislatore pandemico, è in relazione al suo *contenuto* che la fattispecie in commento si caratterizza per talune innovazioni: su tutte, evidentemente, la “nuova emergenza” costituita dalla carenza di personale sanitario, che – come anticipato – viene individuata per sorreggere e perpetuare quel paradigma (appunto) emergenziale già sperimentato con il d.l. 44/2021.

Alla luce del peculiare rapporto tra le due “norme scudo”, ci sembra quindi più che mai opportuna la scelta – già operata in alcuni lavori di primo commento alla novità normativa³² – di condurre un'analisi della disciplina di cui ai co. 8-*septies* e 8-*octies* dell'art. 4 d.l. 215/2023 che tenga conto della matrice costituita dall'art. 3-*bis* d.l. 44/2021: nel prosieguo, pertanto, ci soffermeremo sugli elementi essenziali della novella riprendendo in parallelo il corrispon-

penale *dell'emergenza pandemica*, cit., 14; CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184; in relazione a tale profilo, per un confronto testuale fra la norma di cui all'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 e lo “scudo Milleproroghe”, v. *infra*, par. 4.3.

³⁰ In relazione alla natura di norma temporanea dell'art. 3-*bis* in parola v. per tutti DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino, 2023, 151 ss.

³¹ Corsivo nostro. Anche PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2, enfatizza tale dato testuale, andando sostanzialmente a intendere la norma come una proroga dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021; sul punto, anche con riferimento alle questioni legate all'ambito applicativo dello “scudo Milleproroghe” sul piano temporale, v. *infra*, par. 4.2.

³² Così, in particolare, procede PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2.

dente contenuto della disposizione pandemica, con l'obiettivo di porre in evidenza i profili comuni, le relative differenze e le conseguenti ricadute interpretative che (soprattutto dalle seconde) ne sono derivate.

4. *L'ambito oggettivo di applicazione: il richiamo alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.* Il primo requisito volto a delimitare l'ambito applicativo della disposizione in commento attiene alla dimensione oggettiva, e concerne la qualificazione giuridica del fatto commesso³³: sul punto viene confermato il modello già sperimentato nell'art. 590-*sexies* c.p. e nelle "norme scudo" di cui agli artt. 3 e 3-*bis* d.l. 44/2021³⁴, nel senso che il limite della colpa grave opera con riferimento - innanzitutto - ai soli fatti di omicidio e lesioni personali «di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale».

Si tratta, come è stato evidenziato, di una formula idonea a ricomprendere nel raggio d'azione della norma un vasto novero di accadimenti concreti, in relazione ai quali si registrano in effetti le maggiori preoccupazioni "di categoria" rispetto a un'incontrollabile deriva del rischio-responsabilità³⁵. Come già rilevato per l'art. 3-*bis*, tuttavia, rimangono escluse dal regime di favore altre ipotesi di reato che pure potrebbero venire in rilievo in un contesto di "emergenza" (qualunque essa sia) dell'attività medica: più che l'epidemia colposa ex artt. 438 e 452 c.p., la cui concreta configurabilità - con i ben noti limiti connessi alla dimensione del nesso causale - risultava strettamente connessa alla temperie pandemica³⁶, possiamo ricordare il delitto di rifiuto di atti di ufficio per ragioni di sanità di cui all'art. 328 c.p. (si pensi al caso di «accertamenti diagnostici [...] richiesti e negati o terapie richieste e negate durante

³³ Si tratta del profilo che, con riferimento all'art. 3-*bis* d.l. 44/2021, PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2, definiva quale «limite qualificativo»; parlava, invece, di un «limite [...] oggettivo-funzionale» CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit., 13, e di «condizione funzionale» CARRARO, *Il tanto atteso "scudo penale" per la classe medica*, cit., 24.

³⁴ CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1183.

³⁵ *Ibid.*, 1184.

³⁶ Sulla problematica configurabilità del delitto di epidemia nel contesto della pandemia da SARS-CoV-2 v. BELL, *Il reato di epidemia nel contrasto della pandemia da covid-19. Problemi ermeneutici e rapporti con le fattispecie di omicidio*, in www.sistemapenale.it, 24 ottobre 2022; PONTEPRINO, *Il diritto penale alla prova dell'emergenza covid-19. L'(im)possibile riscontro del nesso causale nel delitto di epidemia*, in *Discutere la crisi: il ruolo del diritto nella sfida della ripartenza*, a cura di Colonna-Oliveri-Zerbone, Genova, 2022, 303 ss.

l'emergenza [...] a determinati pazienti, ad es., oncologici»³⁷), così come l'ipotesi di morte in conseguenza di altro delitto *ex art. 586 c.p.* (ad esempio, laddove «proprio dal rifiuto d'atti d'ufficio deriva la malattia o la morte del richiedente la prestazione sanitaria»³⁸). Ancora, rimane esclusa la fattispecie di interruzione colposa di gravidanza di cui all'art. 593-*bis* c.p., con una limitazione da taluni indicata come irragionevole e di dubbia compatibilità con il canone costituzionale dell'uguaglianza³⁹.

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione, il «vero interrogativo» che era sorto in relazione all'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 riguardava la «possibilità di estendere la norma ai fatti realizzati nel trattamento di pazienti no-Covid»⁴⁰: essendo mutato il fenomeno emergenziale che giustifica la limitazione della punibilità, il quale da epidemiologico diviene occupazionale-organizzativo, rispetto al novello «scudo Milleproroghe» non si ripropone evidentemente tale questione, che ad ogni modo era stata risolta in senso positivo dalla dottrina maggioritaria⁴¹.

4.1. (segue): *la qualifica di esercente una professione sanitaria*. Come seconda condizione ulteriormente limitativa, la norma richiede che i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. siano «commessi [...] nell'esercizio di una professione sanitaria»; viene in questo senso riproposto tal quale il «requisito professionale»⁴² che già caratterizzava l'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 e che differenziava tale ultima disposizione dal precedente art. 3 del medesimo decreto, rivolto soltanto ai «vaccinatori»⁴³.

Su come debba essere inteso il generico richiamo all'«esercizio di una professione sanitaria» anche con riferimento alla disposizione più recente sembra

³⁷ Così PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ In questo senso ancora PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2.

⁴⁰ Così CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1183.

⁴¹ A favore dell'applicabilità dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 ai fatti riguardanti pazienti no-Covid si sono espressi CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit., 14; CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1183.

⁴² Così PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2; di «condizione professionale» parlava invece CARRARO, *Il tanto atteso "scudo penale" per la classe medica*, cit., 24.

⁴³ CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184.

confermata l'*intentio legis* volta a leggere tale condizione in senso, per così dire, *formale*: in maniera analoga a quanto riportato nella relazione di accompagnamento della legge di conversione del d.l. 44/2021⁴⁴, infatti, anche il Dossier del Servizio Studi di Senato e Camera relativo al d.d.l. di conversione del decreto “Milleproroghe” specifica come «[l']ambito delle professioni sanitarie comprende i soggetti iscritti agli albi professionali» di taluni ordini disciplinati in leggi speciali, quali – in particolare – quelli «dei medici-chirurghi e degli odontoiatri; dei veterinari; dei farmacisti; dei biologi; dei fisici e dei chimici; delle professioni infermieristiche; della professione di ostetrica; dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione; degli psicologi; dei fisioterapisti»⁴⁵. Il riferimento alla necessaria iscrizione in un albo professionale consente dunque di superare la questione – che pure si era posta in dottrina – circa l'operatività dello “scudo” (tanto di quello pandemico, quanto di quello attuale) rispetto ai soggetti non abilitati che comunque svolgano (abusivamente) un'attività sanitaria⁴⁶.

Sempre in relazione all'art. 3-*bis* d.l. 44/2021, non erano invero mancate posizioni favorevoli a interpretare il requisito professionale *de quo* in termini, in un certo senso, *sostanziali*: valorizzando l'espresso riferimento testuale «all'attività e non al soggetto deputato – in quanto abilitato ed iscritto ad un albo – all'esercizio» della stessa⁴⁷, si era in questo senso inteso attribuire rilievo allo svolgimento di prestazioni caratterizzate dalle «finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale [...] espressamente menzionate dall'art. 5 co. 1 della legge 24/2017 (c.d. legge Gelli) nella

⁴⁴ Per il richiamo sul punto al testo della relazione di accompagnamento della legge di conversione alla Camera v. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2; CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica*, cit., 25.

⁴⁵ In questo senso il Dossier del Servizio Studi di Senato e Camera relativo al d.d.l. di conversione del d.l. 215/2023 (reperibile all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg19/dossier/Pdf/D23215avoll.pdf>), p. 204, ove, alla nota n. 136, vengono specificati i riferimenti normativi relativi agli albi professionali degli ordini che vengono in rilievo; sul punto v. anche CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184, nota n. 57.

⁴⁶ Si pone espressamente il problema CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica*, cit., 25, il quale ad ogni modo risolve la questione in senso negativo.

⁴⁷ Così, ancora, CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica*, cit., 25.

prospettiva di responsabilità penale»⁴⁸. Tale approccio – si era detto – avrebbe in qualche modo consentito di estendere la “protezione” offerta dalla norma anche ai (soli) dirigenti sanitari, i quali svolgerebbero un’attività qualificabile come avente «finalità preventiva»⁴⁹.

Il tema dell’applicabilità dello “scudo” anche ai soggetti apicali delle strutture di cura, invero, veniva comunque risolto dalla dottrina maggioritaria in senso tendenzialmente negativo: «la norma» di cui all’art. 3-*bis* – era stato evidenziato – «ricava la qualifica soggettiva dall’esercizio oggettivo di una specifica professione sanitaria, sbarrando l’accesso alla immunizzazione di attività direttive, di indirizzo e gestionali»⁵⁰.

Ebbene, rispetto alla nuova limitazione di punibilità prevista nel decreto “Milleproroghe” si segnalano talune novità testuali che, ad avviso di alcuni commentatori, potrebbero portare a rivedere le conclusioni raggiunte rispetto allo “scudo” pandemico per quanto concerne la posizione delle figure dirigenziali. A venire in rilievo sarebbe in particolare l’indicazione, fra i criteri di giudizio di cui al comma 8-*octies* dell’art. 4, dell’entità delle risorse (non solo «umane» e «materiali», come nell’art. 3-*bis*, ma anche) «finanziarie» concretamente disponibili; tale riferimento, «prima assente, potrebbe fare propendere per l’applicabilità dello scudo anche ai responsabili delle scelte organizzative dell’azienda, non potendo riguardare l’ambiente prettamente clinico»⁵¹.

Ora, è ben noto come il tema della responsabilizzazione dei soggetti di vertice delle strutture sanitarie costituisca un nervo scoperto dell’attuale assetto della colpa medica: il corrente quadro giurisprudenziale restituisce in effetti l’immagine di un’allocazione di responsabilità schiacciata inesorabilmente “verso il basso”, sui medici di *front line* a diretto contatto con i pazienti, laddove invece le figure di vertice vengono spesso “dimenticate” in sede di accertamento giurisdizionale⁵². Anche alla luce di tale constatazione, non ci sembra

⁴⁸ PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184; in termini analoghi anche BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario*, cit., 9.

⁵¹ PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2.

⁵² Sul tema v. in particolare PISA-LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di Bartoli, Firenze, 2010, 7 ss.; BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione*

possibile attribuire alla minima differenza testuale tra “scudo Covid” e “scudo Milleproroghe” sopra richiamata la capacità di fondare un così radicale mutamento di prospettiva: piuttosto, il riferimento (anche) alle risorse «finanziarie» - come avremo modo di evidenziare più oltre - si presta ad essere letto nella (sola) prospettiva di una rinnovata considerazione degli indici di gravità della colpa, senza che lo stesso possa dirsi idoneo a estendere l’operatività della norma ai soggetti di vertice. In effetti, come è stato opportunamente evidenziato già con riferimento all’art. 3-*bis* d.l. 44/2021, non è da escludere che l’applicabilità del limite della colpa grave alle sole «“realità basiche”» sia stata perpetuata proprio al fine di «porre una pietra tombale su eventuali responsabilità organizzative soprattutto apicali», posto che interrompendo la catena già al “primo livello” - quello degli operatori in prima linea - è difficile che si possa poi risalire sino alla colpevolizzazione dei soggetti di vertice³³.

4.2. (segue): *il limite temporale del 31 dicembre 2024*. Sempre con riferimento all’ambito oggettivo di operatività, la norma in commento prevede l’applicabilità della «limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave» ai fatti di omicidio e lesioni sopra richiamati «commessi fino al 31 dicembre 2024»; anche in questo caso, dunque, siamo di fronte a una perimetrazione dell’efficacia temporale dello “scudo” normativo: se l’art. 3-*bis* d.l. 44/2021 faceva riferimento allo «stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020», prorogato poi fino al 31 marzo 2022, lo “scudo Milleproroghe” opta per la puntuale individuazione (solo) di un termine finale, fissato appunto nell’ultimo giorno del corrente anno solare.

Le ragioni di tale scelta sono state già anticipate in precedenza: il legislatore ha voluto costruire una norma dichiaratamente temporanea, secondo un mo-

delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario, in *Riv. med. leg.*, 2018, 793 ss.; MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l’evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020, 291 ss.; con particolare riferimento alla tempeste pandemica, BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa ai tempi del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 5 ss.

³³ BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario*, cit., 9.

dello di intervento «minimo»⁵⁴, in attesa del compimento delle più ampie aspirazioni di riforma legate all'istituzione della Commissione di studio sul tema. Peraltro, con riferimento alla durata della parentesi temporale di vigenza della norma, possiamo incidentalmente rilevare come sia infine prevalsa l'opzione più contenuta, posto che – come si è visto – la maggior parte degli emendamenti proposti indicavano nella loro versione iniziale l'applicabilità dello “scudo” sino a tutto il 2025⁵⁵.

Se dunque la sussistenza di un «limite temporale»⁵⁶ accomuna la limitazione di punibilità attualmente vigente e quelle previste durante il periodo pandemico, vi è però una differenza sostanziale fra la norma in commento e gli art. 3 e 3-*bis* del d.l. 44/2021. Questi ultimi, infatti, enunciavano (più o meno) espressamente anche un termine iniziale di vigenza della fattispecie esimente: appunto, l'inizio della «campagna vaccinale straordinaria», per l'art. 3 e la «delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020» che dichiarava lo stato di emergenza epidemiologica, per l'art. 3-*bis*; la disposizione del decreto “Milleproroghe”, invece, indica soltanto il relativo termine finale di applicabilità (il 31 dicembre 2024), senza prevedere un termine iniziale⁵⁷. Tale diversità di formulazione testuale della norma temporanea comporta taluni problemi di effettiva delimitazione dell'ambito applicativo dello “scudo” di cui ai commi 8-*septies* e 8-*octies* in parola, specie per quanto concerne i fatti commessi prima della sua formale entrata in vigore che pure si siano verificati «in situazioni di grave carenza di personale sanitario».

Sul punto occorre innanzitutto rilevare come la norma definitivamente approvata non contenga alcun riferimento a un possibile regime transitorio in relazione ai fatti compresi tra il 31 marzo 2022 (termine finale della vigenza dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021) e l'entrata in vigore della norma in commento: più esplicito era invece il testo originario di alcuni degli emendamenti sopra richiamati (in particolare, i nn. 4.73, 4.75, 4.77), ove il problema era risolto in

⁵⁴ CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit. 17.

⁵⁵ In questo senso i già richiamati emendamenti nn. 4.73, 4.75, 4.77 e 4.80 proponevano l'estensione dell'operatività dello “scudo” temporaneo sino a tutto il 2025.

⁵⁶ Così lo definisce PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2.

⁵⁷ Rileva in modo puntuale questa differenza PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2.

radice riconoscendo come la “nuova” ipotesi esimente si dovesse applicare «a decorrere dalla data di entrata in vigore delle legge di conversione del presente decreto»⁵⁸.

Al fine di rendere comunque operativa la disciplina di favore anche per il suddetto “periodo intermedio” è stato proposto di valorizzare lo stretto legame tra disciplina “Milleproroghe” e “scudo” Covid-19, legame ulteriormente rafforzato dalla lettera della legge laddove si riconosce come la “vecchia” limitazione di punibilità «*si applica altresì*» alla “nuova” situazione di emergenza: dovrebbe dunque ritenersi «coperto anche il periodo pregresso»⁵⁹.

Ora, per quanto possa essere in astratto comprensibile l’intento ermeneutico volto a distendere al massimo (anche sul piano temporale) l’area di protezione offerta dalla norma *de qua*, ci sembra che la soluzione appena descritta non possa essere condivisa. Ferma la ricordata impossibilità di parlare di una “proroga” *tout court* dello “scudo” pandemico in ragione dei già cennati profili di novità dello “scudo Milleproroghe” (sui quali ci soffermeremo meglio nel seguito), a noi pare che l’applicazione retroattiva della nuova fattispecie esimente debba essere esclusa alla luce della sua natura di norma penale temporanea *ex art. 2, comma 5 c.p.*⁶⁰.

È ben vero che, rispetto alla disposizione di cui all’art. 3-*bis* d.l. 44/2021, è stata da più parti affermata la possibilità di un’applicazione retroattiva (ai fatti, cioè, commessi prima del 1° giugno 2021, data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto)⁶¹; ma tale applicazione retroattiva risultava allora

⁵⁸ Sul punto si rinvia al testo degli emendamenti richiamati, riportato per esteso *supra*, nota n. 21.

⁵⁹ Così PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2, il quale valorizza in questo senso due ulteriori aspetti: da un lato, la *sedes materiae*, evidenziando come la disposizione sia contenuta all’interno di «un decreto che ha appunto lo scopo generale di prorogare l’efficacia di fattispecie che per definizione devono essere attuali»; dall’altro, la *ratio legis*, ispirata a un «evidente favore per il personale sanitario» e che dunque sarebbe in contrasto con la presenza di vuoti di tutela.

⁶⁰ Con riferimento alla categoria delle «leggi eccezionali e temporanee» di cui all’art. 2, comma 5, c.p., v. per tutti DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, 100 ss.; PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, vol. XXIII, 1072 ss. Con riferimento all’utilizzo di norme penali eccezionali e temporanee in un contesto emergenziale (in particolare, quello pandemico) v. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all’emergenza sanitaria*, cit., 129 ss.

⁶¹ In questi termini CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell’emergenza pandemica*, cit. 13; CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica*, cit., 24; CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184, il quale riconosce la possibilità di una «retroazione della norma anche a fatti commessi prima della dichiarazione dello *status* di emergenza epidemiologica, e però in ipotesi che trovano causa nelle *situazione* di emergenza». A favore di un’applicazione retroattiva dell’art. 3-*bis* d.l. 44/2021

giustificata non solo e non tanto dalla natura più favorevole della norma rispetto al regime generale dell'art. 590-*sexies* c.p., quanto soprattutto dalla puntuale indicazione *per tabulas* del termine iniziale di efficacia dello “scudo”, individuabile appunto nel 31 gennaio 2020, data della richiamata delibera del Consiglio dei Ministri che dichiarava lo stato di emergenza epidemiologica⁶².

Diversa, si è detto, è invece la formulazione del comma 8-*septies* dell'art. 4 in parola, che non identifica un termine iniziale per l'applicabilità dello “scudo Milleproroghe”. Certo, in quanto norma temporanea, anche quest'ultima fattispecie risulta intrinsecamente connessa alle condizioni contingenti che ne giustificano, ne fondano e ne limitano la disciplina⁶³: in questo caso però in relazione a tali peculiari condizioni emergenziali (appunto, la «grave carenza di personale sanitario») non è individuabile un preciso termine *a quo* normativamente riconosciuto sino a cui far retroagire l'applicabilità della norma rispetto al momento formale della sua entrata in vigore. Se è certamente ragionevole ritenere che la situazione di significativo *deficit* di personale fosse presente già prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto “Milleproroghe”, è allo stesso tempo molto difficile, se non impossibile, indicare con precisione lo *starting point* di tale emergenza.

In assenza, dunque, di un'espressa indicazione sul punto nel corpo della norma “scudo” temporanea⁶⁴, riteniamo che debba essere accolta l'opzione interpretativa volta a considerare applicabile il regime di favore da quest'ultima garantito solo ai fatti commessi nel periodo di tempo compreso tra il 29 febbraio 2024 (data di entrata in vigore della L. 18/2024) e il 31 di-

anche la citata Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 35 del 2021, p. 21.

⁶² DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 152, riconosce in questo senso come «l'art. 3 *bis* debba trovare applicazione rispetto a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge, *purché posti in essere durante lo stato di emergenza sanitaria*» (corsivo nostro).

⁶³ Sono queste condizioni contingenti, infatti, che costituiscono la caratteristica comune, la «matrice unitaria» delle «leggi eccezionali e temporanee»: così ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, 2004, 71; nello stesso senso PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, cit., 1073.

⁶⁴ Il già richiamato Dossier del Servizio Studi, p. 205, a ben vedere, richiamava il tema della successione di leggi nel tempo, senza tuttavia offrire alcuna soluzione alla questione *de qua*.

cembre 2024⁶⁵.

Un'ultima precisazione: con il richiamo ai “fatti commessi” nella parentesi temporale sopra individuata intendiamo fare riferimento alle *condotte colpose* tenute in quel periodo che abbiano cagionato gli eventi di cui agli artt. 589 e 590 c.p.; eventi che – come già era stato opportunamente rilevato in relazione all'art. 3-*bis* d.l. 44/2021⁶⁶ – ben potrebbero verificarsi anche in un periodo successivo al 31 dicembre del corrente anno solare⁶⁷.

4.3. (segue): *la rilevanza delle situazioni di «grave carenza di personale sanitario»*. Il requisito centrale, sul piano oggettivo, della nuova fattispecie esimente riguarda le già richiamate «situazioni di grave carenza di personale sanitario» entro le quali sono stati commessi i fatti aventi le caratteristiche – giuridiche, “professionali” e temporali – analizzate nei paragrafi precedenti.

Sulla *ratio* retrostante a tale locuzione ci siamo già soffermati in precedenza: il *deficit* di personale – si è detto – costituisce la “nuova emergenza” che il legislatore ha individuato al fine di giustificare la riproposizione di una disciplina eccezionalmente favorevole della responsabilità medica. È sulla dimensione operativa di tale requisito, tuttavia, che occorre interrogarsi: proprio in relazione a quest'ultimo, infatti, si registra un'ulteriore sensibile differenza di formulazione testuale rispetto al previgente art. 3-*bis* d.l. 44/2021, idonea – ancora una volta – a far sorgere alcuni dubbi ermeneutici.

La questione attiene, in particolare, alle modalità con le quali il testo di legge raccorda la situazione di emergenza (sia essa epidemiologica ovvero organizzativa) alle ipotesi di omicidio o lesioni commesse dal personale sanitario.

La norma in vigore nel periodo pandemico, in questo senso, era molto chiara nel richiedere la sussistenza di un nesso di derivazione causale fra i predetti

⁶⁵ Nello stesso senso IADECOLA, *Lo stato dell'arte nella colpa medica*, cit., par. 2.

⁶⁶ Così PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2; CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit. 19; CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica*, cit., 24; Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 35 del 2021, p. 21.

⁶⁷ CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit. 19, e CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica*, cit., 24, evidenziano come tale conclusione trovi conforto nella giurisprudenza relativa al *tempus commissi delicti* dei reati a evento differito: v., a tal proposito, Cass., Sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986, in *Cass. pen.*, 2019, 76 ss., con nota di NOCERA, *Tempus commissi delicti e reati ad evento differito*.

elementi: secondo il richiamato art. 3-*bis* «i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale», per poter beneficiare del limite della colpa grave, dovevano «trova[re] causa nella situazione di emergenza»⁶⁸; in altre parole, la tempe-rie emergenziale andava espressamente a fungere da «condizione eziologica»⁶⁹, operando quale vero e proprio «limite causale»⁷⁰ per l'efficacia dell'ipotesi esimente⁷¹.

Nello “scudo Milleproroghe”, invece, tale legame condizionalistico tra emergenza e fatto penalmente rilevante non viene esplicitato dalla *littera legis*, dal momento che il testo della norma utilizza un'espressione, per così dire, “neutra”: la limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave «si applica altresì ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi [...] nell'esercizio di una professione sanitaria *in situazioni di grave carenza di personale sanitario*»⁷². L'utilizzo della preposizione semplice «in» autorizza pertanto a chiedersi se il requisito emergenziale assuma, nella norma in commento, una rilevanza effettivamente *causale*, o - potremmo dire - soltanto *occasionale* o *situazionale*⁷³: accedendo a quest'ultima prospettiva, come è evidente, sarebbe sufficiente che il fatto criminoso sia stato commesso (appunto) *in occasione* della criticità legata al *deficit* di personale, la quale costituirebbe (e descriverebbe) dunque soltanto *la situazione* in cui si è manifestata la condotta negligente di cura, senza necessariamente doversi individuare come *la causa* di quest'ultima.

Ebbene, se si dovesse valorizzare il mero dato testuale, specie in un confronto con il precedente di riferimento costituito dall'art. 3-*bis* d.l. 44/2021, occorrerebbe escludere la necessaria derivazione causale dei fatti *ex artt.* 589 e 590 c.p. dalla situazione di «grave carenza di personale»: la mancata riproposizio-

⁶⁸ Corsivo nostro.

⁶⁹ CARRARO, *Il tanto atteso “scudo penale” per la classe medica*, cit., 25.

⁷⁰ PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 2.

⁷¹ In questo senso, evidenziano come la rilevanza causale della situazione di emergenza rispetto all'evento infausto integri «[l]l'elemento cruciale» della fattispecie CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica*, cit. 14; CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184; in termini analoghi la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 35 del 2021, p. 20.

⁷² Corsivo nostro.

⁷³ In una prospettiva di “analisi logica” della fattispecie penale PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2, si chiede: «è complemento di stato in luogo o complemento di causa?».

ne della formula «che trovano causa nella situazione di emergenza» sembrerebbe davvero eloquente sul punto alla luce del principio dell'*ubi lex voluit*, senza contare che anche nel testo originario di alcuni degli emendamenti sopra richiamati era presente la medesima locuzione di rilevanza causale, poi però non riproposta nella versione definitivamente approvata⁷⁴.

Prendendo tuttavia in considerazione la *ratio* della novella normativa, a noi pare che si debba giungere alla conclusione opposta, andando dunque a intendere il riferimento alla carenza di personale quale requisito eziologico ed effettivo «limite causale»⁷⁵ rispetto all'operatività dello "scudo", alla stregua di quanto si è detto rispetto alla normativa pandemica. Vale in questo senso ricordare ancora una volta come la crisi dettata dal *gap* tra domanda e offerta di operatori sanitari costituisca il fondamento della disciplina eccezionale veicolata dalla disposizione in commento, andando essa a rivestire la medesima funzione portante che nella vigenza dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 veniva attribuita alla situazione di emergenza pandemica. Ci sembra, insomma, che la «grave carenza di personale» non possa che rivestire efficacia causale rispetto ai «fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi [...] nell'esercizio di una professione sanitaria», nella misura in cui è proprio l'influenza che tale situazione emergenziale ha avuto sull'attività sanitaria a giustificare una disciplina della responsabilità più favorevole rispetto al paradigma generale costituito dall'art. 590-*sexies* c.p.⁷⁶.

Certo, si potrebbe sostenere che il legislatore, ricorrendo a un'espressione

⁷⁴ La necessaria rilevanza causale della situazione di carenza di personale rispetto ai fatti di omicidio o lesioni colpose era espressamente riconosciuta nelle proposte emendative nn. 4.73, 4.75, 4.77; in termini analoghi andava anche la proposta n. 4.80, posto che – come si è visto – la stessa intendeva interpolare l'art. 3-*bis* d.l. 44/2021, sostituendo al fattore causale della situazione di emergenza epidemiologica quello della «carenza dei mezzi e del personale sanitario, nonché [d]egli eccessivi carichi di lavoro». La differenza testuale, sul punto che qui viene in rilievo, fra "scudo Covid-19" e "scudo Milleproroghe" veniva peraltro evidenziata anche dal già citato Dossier del Servizio Studi, p. 204, ove si riconosceva come «ai fini della limitazione di responsabilità, la situazione di grave carenza di personale [...] deve essere sussistente ma non è richiesto che essa sia la causa del fatto. Nella richiamata disciplina transitoria valevole per il periodo di emergenza Covid-19, come ricordato, è invece richiesto che il fatto commesso "trovi causa" nella situazione di emergenza».

⁷⁵ V. *supra*, nota n. 70.

⁷⁶ Alle medesime conclusioni in ordine alla necessaria rilevanza causale della situazione di grave carenza di personale rispetto ai fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. giungono anche PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2, e IADECOLA, *Lo stato dell'arte nella colpa medica*, cit., par. 3.

testuale più “sfumata”, abbia inteso considerare in qualche modo *implicita* la relazione causale di cui sopra: come a dire che la situazione strutturale di *deficit* di personale *non può non influenzare* ogni singola condotta di cura portata avanti in tale contesto (appunto) di emergenza. Tale argomentazione, però, non ci sembra condivisibile: a smentire la natura *in re ipsa* della predetta relazione causale è stato efficacemente portato l’esempio di un medico che «in una situazione di grave carenza di personale sanitario [...] si trovi a visitare un paziente che lamenta dolore toracico tipico in un momento di “tranquillità”, quando cioè non c’è afflusso e ha tutto il tempo per seguire un validato percorso di *chest pain care*»⁷⁷.

Riteniamo dunque di condividere le conclusioni di quanti hanno ritenuto «più ragionevole» una lettura della norma volta ad attribuire al contesto di grave carenza di personale una necessaria incidenza causale rispetto all’inverarsi di quelle «manchevolezze comportamentali» che abbiano portato all’evento infausto⁷⁸; un nesso eziologico, quest’ultimo, che dovrà essere oggetto di un attento riscontro in sede giudiziale, attraverso l’espletamento di una specifica verifica controfattuale⁷⁹.

Di là dal profilo relativo alla portata *causale* ovvero solo *occasionale* della stessa, la descrizione normativa della “nuova emergenza” posta alla base dello “scudo Milleproroghe” presenta un ulteriore aspetto problematico, che attiene allo scarso tasso di precisione del linguaggio utilizzato dal legislatore.

Come rilevato anche dal già richiamato Dossier del Servizio Studi, infatti, non viene fornita alcuna definizione del contesto di carenza del personale che fonda la situazione (e la disciplina) emergenziale⁸⁰; una situazione emergenzia-

⁷⁷ PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 2, il quale sottolinea come in questo caso, laddove il medico tenga una condotta colposa – ad esempio, autorizzando in modo affrettato le dimissioni del paziente – «non c’è differenza rispetto a un altro medico che tiene la stessa condotta inappropriata in un ambiente di sufficienza di personale. Non si vede plausibile ragione per trattare casi uguali in modo diverso. Appare quindi sempre imprescindibile una situazione d’impellenza, di “fretta clinica”, che altera il normale processo d’azione».

⁷⁸ Così IADECOLA, *Lo stato dell’arte nella colpa medica*, cit., par. 3.

⁷⁹ *Ibid.*, ove si afferma come la rilevanza causale della situazione di grave carenza di personale «implica la necessaria verifica “controfattuale” che dette “deficitarietà operative” non sarebbero occorse se il “personale sanitario” non fosse stato assai rilevantemente – gravemente – insufficiente».

⁸⁰ Il richiamato Dossier del Servizio Studi, p. 204, enfatizza come della situazione di grave emergenza «non è fornita una definizione» (corsivo nell’originale).

le che peraltro il legislatore richiede espressamente sia «grave» (la norma parla di «situazioni di *grave* carenza di personale sanitario»), così introducendo un (ulteriore) requisito che guarda alla rilevanza *lato sensu* “ponderale” del parametro emergenziale, descritta tramite l’utilizzo di un’espressione aperta, elastica, idonea pertanto ad aumentare il tasso di indeterminatezza della fattispecie⁸¹.

Siffatte questioni in punto di sufficiente precisione non si erano poste con riferimento all’art. 3-*bis* d.l. 44/2021: la *magnitudo* del fenomeno emergenziale pandemico, unitamente al suo espresso riconoscimento normativo tramite delibera del Consiglio dei Ministri, rendeva piuttosto immediata la sua identificazione quale fattore eziologico del fatto colposo; diverso, evidentemente, l’attuale contesto “di emergenza”: quando si avrà «carenza di personale»? E quando tale carenza potrà dirsi «grave», sì da fondare l’applicabilità della disciplina eccezionale *de qua*?

Si tratta di domande che il giudice, in sede di accertamento del fatto, dovrà evidentemente porsi: non appariva dunque peregrina l’idea veicolata dal testo originale di alcuni degli emendamenti in precedenza analizzati, che si erano sforzati di individuare taluni parametri oggettivi per la perimetrazione della situazione emergenziale in parola; in riferimenti erano, ad esempio, al «Piano triennale dei fabbisogni di personale dell’ente o dell’azienda del Servizio sanitario nazionale» cui appartiene il professionista sanitario interessato⁸², ovvero al «numero di assistiti per ogni professionista» rispetto a quello «previsto dall’Accordo collettivo nazionale 2016-2018 sui rapporti con i medici di medicina generale»⁸³.

Rimane, certo, la possibilità di “recuperare” la determinatezza della fattispecie

⁸¹ Siamo di fronte a una «clausola di valutazione quantitativa», secondo la tassonomia offerta da CASTRONOVO, *Travelli del linguaggio e “nullum crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in www.la legislazione penale.eu, 5 giugno 2017. Con riferimento a tale categoria di elementi di fattispecie e al loro problematico rapporto con il principio di determinatezza v. già BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 169; PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194 ss.; più di recente, volendo, PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, Torino, 2023, 353 ss.

⁸² Così il testo dell’emendamento n. 4.73, riportato *supra*, nota n. 21.

⁸³ In questi termini la proposta emendativa n. 4.80, che invero riferiva testualmente tale parametro al piano del giudizio circa il grado della colpa: v. *supra*, nota n. 22.

andando a intendere i fattori descritti al comma 8-*octies* come parametri funzionali a descrivere la situazione emergenziale, e non già quali indici di gravità della colpa: una possibilità interpretativa lasciata aperta, ancora una volta, dalla sinteticità del testo normativo, sulla quale ci soffermeremo a breve, andando ad analizzare più da vicino il requisito soggettivo costituito dal limite della «colpa grave».

5. *Il limite della colpa grave e i criteri di giudizio per l'accertamento in concreto.* Lo “scudo Milleproroghe”, in modo fedele rispetto al paradigma costituito dall’art. 3-*bis* d.l. 44/2021, (ri)propone non già un’esclusione *tout court* della responsabilità colposa, bensì un «modello di stadiazione»⁸⁴ della stessa nel quale la punibilità rimane limitata «ai soli casi di colpa grave». Un modello – come già è stato rilevato in relazione allo “scudo” pandemico – speciale rispetto all’art. 590-*sexies* c.p. e di maggior favore, in quanto prescinde dalla presenza di linee guida e buone pratiche e non ripropone il riferimento alla sola imperizia, risultando infine idoneo a «[t]enere dentro» anche quelle sotto-fattispecie di mancata conformità a una buona prassi nel frattempo consolidate ovvero di errore nell’individuazione o nell’adattamento della stessa che erano invece escluse dalla “rilettura” della norma codicistica operata dalle Sezioni Unite Mariotti⁸⁵.

Sempre in conformità alla previgente disciplina pandemica, la norma in commento non offre una puntuale definizione della «colpa grave»⁸⁶; vengono invece elencati al comma 8-*octies* una pluralità di indicatori dei quali – afferma il testo di legge – «si tiene conto» «ai fini di cui al comma 8-*septies*»: si tratta, in particolare «delle condizioni di lavoro dell’esercente la professione sanitaria, dell’entità delle risorse umane, materiali e finanziarie concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare, del contesto organizzativo in cui i fatti sono commessi, nonché del minor grado di esperienza e cono-

⁸⁴ CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1185.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Rileva in questo senso PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 3, come la norma «così come per lo scudo Covid-19 [individui] fattori che costituiscono null’altro che dati di valutazione, cioè il che cosa si deve valutare. Ma continua a mancare il criterio di valutazione, cioè il come si devono valutare i dati, il che sarebbe stata la vera definizione di colpa grave».

scenze tecniche possedute dal personale non specializzato».

Anche rispetto a tali criteri si dimostra di interesse il confronto con il testo dello “scudo Covid-19”, tanto per quanto concerne il loro *contenuto*, quanto in relazione alla loro *funzione*.

Per quanto attiene *in primis* a quest’ultimo profilo, si rinviene una differenza di non poco conto tra l’art. 3-*bis* d.l. 44/2021 e l’attuale disposizione: se la prima norma riconosceva infatti espressamente come gli indicatori di cui al relativo secondo comma fossero riportati «[a]i fini della valutazione del grado della colpa» quali fattori «che ne possono escludere la gravità», il testo del vigente comma 8-*octies*, molto più laconicamente, prevede che dei parametri sopra richiamati si debba tenere conto (come si è visto) «*ai fini di cui al comma 8-septies*»⁸⁷.

Ora, stante la genericità del dato testuale e la mancata riproposizione – anche in questo caso, a differenza di quanto era previsto nel testo originale di alcuni degli emendamenti richiamati in apertura – della clausola volta a far operare gli indici predetti «[a]i fini della valutazione del grado della colpa»⁸⁸, è lecito chiedersi se i criteri in parola debbano fungere davvero da parametri per il giudizio di gravità del rimprovero colposo, o se piuttosto gli stessi non possano avere una funzione diversa, operando quali elementi utili per orientare la verifica giudiziale in ordine alla sussistenza delle «situazioni di grave carenza di personale sanitario». Una lettura, quest’ultima, che non può essere affatto esclusa sulla base del generico testo della legge e che, anzi, potrebbe sembrare avallata dalla natura stessa degli indici in parola: in effetti, a parte il riferimento alle minori conoscenze ed esperienza del personale non specializzato, il richiamo tanto alle condizioni di lavoro, quanto all’entità delle risorse disponibili e al contesto organizzativo, denota un’attenzione del legislatore per circostanze di tipo strettamente oggettivo, le quali a ben vedere contribuiscono a definire – ancorché in via orientativa – il contesto di rischio emergenziale da carenza di personale che giustifica e fonda la limitazione della punibilità

⁸⁷ Corsivo nostro.

⁸⁸ Tale espressione era presente negli emendamenti 4.73, 4.75, 4.77 (v. *supra*, nota n. 21); ugualmente, la funzionalità dei criteri proposti a guidare il giudizio sul grado della colpa era contemplata dalla proposta emendativa n. 4.80, posto che – come più volte ricordato – la stessa incideva direttamente sul testo dell’art. 3-*bis* d.l. 44/2021 (v. *supra*, nota n. 22).

alla sola colpa grave.

Si tratterebbe in altre parole, e come già era stato autorevolmente rilevato in relazione ai corrispondenti criteri richiamati al comma secondo dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021, non già di «meri indici per valutare la gravità [della colpa], ma piuttosto [di] fattori che descrivono la situazione oggettiva che deve stare alla base della gravità»⁸⁹. Ed effettivamente, proprio alla luce della portata obiettiva dei parametri di cui al comma 8-*octies* in parola, è stato evidenziato come questi ultimi ben possano essere considerati come «circostanze fattuali [...] ess[e] stess[e] dotat[e] di efficacia causativa rispetto alla condotta non corretta dell'agente»⁹⁰.

È evidente, insomma, come l'opzione “*minimal*” di *drafting normativo* fatta propria dal legislatore, in relazione a questo profilo ancor più che rispetto ad altri, possa generare confusione sul piano applicativo.

Ora, sebbene la norma sconti qui un significativo tasso di imprecisione, a noi pare che – ad ogni modo – la stessa debba essere letta in chiave di coerenza rispetto al modello “operativo” dello “scudo” pandemico, così da individuare negli indicatori di cui al comma 8-*octies* l'enunciazione di parametri in base ai quali il giudice deve condurre l'accertamento in ordine al grado della colpa, accertamento sottratto quindi alla sua assoluta discrezionalità⁹¹. Tale conclusione, in conformità a quanto abbiamo sostenuto rispetto alla necessaria rilevanza eziologica della situazione di grave carenza di personale, deriva a nostro avviso da un'opportuna valorizzazione dell'*intentio legis*, volta (se non formalmente a “prorogare”, comunque) a riproporre il modello normativo dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021; un modello che, come si è detto, era fondato sulla valorizzazione in chiave limitativa della punibilità del grado della colpa⁹² e sulla contestuale individuazione di criteri alla stregua dei quali condurre siffatta

⁸⁹ BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario*, cit., 9.

⁹⁰ IADECOLA, *Lo stato dell'arte nella colpa medica*, cit., par. 3.

⁹¹ Riprendiamo qui, pressoché testualmente, i termini con i quali la già richiamata Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 35 del 2021, p. 21, descriveva la funzione degli indici di cui al secondo comma dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021.

⁹² Sul percorso che ha portato la colpa grave da mero criterio commisurativo della sanzione a svolgere – in taluni settori dell'ordinamento penale – una funzione direttamente limitativa della punibilità v. per tutti POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021, 58 ss.

«commisurazione»⁹³.

Il sostrato oggettivo (di alcuni) dei criteri in parola, peraltro, non impedisce che gli stessi possano comunque esplicitare la loro funzione di parametri alla luce dei quali valutare il grado del rimprovero colposo: a ben vedere, infatti, tutti gli indici di cui al comma 8-*octies* «dialog[ano] apertamente con la categoria dell'esigibilità», valorizzando le concrete condizioni di lavoro nell'ottica di un giudizio circa la c.d. colpevolezza colposa⁹⁴; un collegamento, quello con l'orizzonte della misura soggettiva della colpa, che è evidente rispetto al parametro delle esperienze e conoscenze del personale non specializzato, ma che sussiste anche in relazione a quegli indici più direttamente rivolti a denotare l'influenza sulla condotta della situazione “di contesto”⁹⁵.

Proprio alla luce della possibilità di riferire gli indicatori in parola, ancorché formalmente “innominati”, alla dimensione della colpa, e in particolare dell'esigibilità del comportamento doveroso, ci sembra quanto mai opportuno riprendere il *caveat* formulato da autorevole dottrina rispetto alla disciplina dello “scudo pandemico”; il rischio – era stato evidenziato – è quello di un *net widening effect* che porti a considerare «fatti non colposi come fatti colposi non gravi, con la conseguenza di pervenire a formule di proscioglimento meno favorevoli dell'insussistenza del fatto»⁹⁶. In altre parole, (anche) i criteri in parola di cui allo “scudo Milleproroghe” attengono a fattori situazionali in astratto così significativi che il giudice dovrà attentamente valutare se la corretta valorizzazione degli stessi non possa portare, prima ancora che a un giudizio di non gravità della colpa, già e direttamente al riconoscimento della insussistenza *tout court* di un rimprovero colposo, appunto per l'inesigibilità del rispetto della norma di cautela in ragione della situazione emergenziale.

⁹³ Di «commisurazione della colpa» parla, a proposito dei criteri stabiliti dall'art. 3-*bis* d.l. 44/2021, CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187.

⁹⁴ Rimangono in questo senso valide, anche con riferimento alla norma *de qua*, le considerazioni svolte da CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187, in relazione allo “scudo Covid-19”.

⁹⁵ Sono d'altronde proprio i fattori oggettivi, legati alla «anomalia della situazione di fatto» a costituire i primi elementi che devono essere presi in considerazione nel giudizio di (in)esigibilità della condotta: così già FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 220. Nello stesso senso, con riferimento alla rilevanza delle condizioni “di contesto” nella valutazione della colpevolezza colposa, CASTRONUOVO, *Colpa penale*, in *Enc. dir., I tematici, II, Reato colposo*, cit., 227; ID., *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss.

⁹⁶ Sul punto v. ancora CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187.

Le considerazioni svolte in ordine alla funzione dei parametri di cui al comma 8-*octies* hanno in qualche modo anticipato il profilo – al quale si faceva in precedenza riferimento – del loro contenuto: anche in relazione a quest’ultimo aspetto si può cogliere un certo parallelismo con la norma di cui all’art. 3-*bis* d.l. 44/2021, pur con le differenze dovute alla diversa matrice emergenziale posta a fondamento della limitazione di punibilità.

Rispetto agli indicatori che più sopra abbiamo definito come di stampo oggettivo, possiamo osservare come, venuto ovviamente meno il richiamo alla limitatezza delle conoscenze scientifiche relative alle patologie e alle terapie Covid-correlate⁹⁷, la novella affianchi al profilo dell’entità delle risorse disponibili – ripreso direttamente dallo “scudo” pandemico con l’aggiunta del già richiamato riferimento (anche) alle risorse «finanziarie»⁹⁸ – la valorizzazione delle «condizioni di lavoro» e del «contesto organizzativo». Si tratta, a ben vedere, di parametri non del tutto innovativi, ma in qualche modo riconducibili a quella «particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato» che era già stata individuata dalla giurisprudenza di legittimità quale criterio per il giudizio di gravità della colpa⁹⁹.

Del tutto sovrapponibile al modello del secondo comma del richiamato art. 3-*bis*, anche sul piano strettamente testuale, è infine il riferimento al «minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato»: in questo senso, dunque, la nuova disposizione veicola ancora una volta un’eccezione rispetto all’ordinario operare della colpa per assunzione, giustificato in base alla considerazione per la quale può essere stata la stessa situazione emergenziale (data, questa volta, dalla «grave carenza di persona-

⁹⁷ Il secondo comma dell’art. 3-*bis* d.l. 44/2021 enunciava, quale primo fattore idoneo a escludere la gravità della colpa, quello della «limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate»; si trattava, secondo la definizione di CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1185, di una «variabile scientifica» idonea a influenzare la condotta dell’operatore sanitario.

⁹⁸ Sul richiamo alla categoria di risorse «finanziarie», in relazione alla possibile valorizzazione dello stesso nel senso dell’ampiamiento soggettivo dell’ambito di operatività della fattispecie esimente, si rinvia a quanto detto *supra*, par. 4.1.

⁹⁹ Viene in rilievo, in questo senso, la già richiamata sentenza Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8870, cit., ove, al par. 10.2., sono richiamati i parametri «di misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo» da valorizzare in relazione alla «demarcazione gravità/lievità». Sul punto di recente, con particolare riferimento proprio al contesto dello “scudo Milleproroghe”, v. IADECOLA, *Lo stato dell’arte nella colpa medica*, cit., par. 4 ss.

le») ad aver autorizzato, o finanche imposto, «l’assunzione di rischi gravata da *deficit* di competenza»¹⁰⁰.

6. *Quousque tandem?* *La «perenne emergenza» della responsabilità penale medica.* L’introduzione in sede di conversione del decreto c.d. “Milleproroghe” di un nuovo “scudo protettivo” per gli operatori sanitari – lo abbiamo evidenziato in apertura del presente lavoro – ripropone l’idea di una stretta correlazione tra situazione emergenziale e costruzione di una disciplina penale eccezionale. L’impressione che in effetti si ha, volgendo lo sguardo indietro verso la crisi pandemica ormai superata, è che dopo lo *shock* dell’epidemia da SARS-Cov-2 la responsabilità medica viva in uno stato di «perenne emergenza»¹⁰¹, che tuttavia non veicola un’estensione dell’intervento penale¹⁰² quanto piuttosto un fenomeno di «progressiva riduzione della criminalizzazione in astratto della colpa»¹⁰³. La bulimia legislativa degli ultimi anni, lo si è già detto, ha in questo senso dimostrato come la disciplina pensata per le «situazioni di normalità» dell’attività medica (l’art. 590-*sexies* c.p.) risulti del tutto inadeguata in una temperie emergenziale rispetto alla quale «si [può] porre davvero l’esigenza di una delimitazione della responsabilità penale in virtù del contesto del tutto eccezionale»¹⁰⁴.

La soluzione offerta dalla politica delle c.d. “norme scudo” tuttavia, pur apparendo *prima facie* «plausibile»¹⁰⁵, costituisce un modello di risposta normativa affetto da non secondarie problematiche.

¹⁰⁰ Così, con riferimento alla criteriologia dell’art. 3-*bis* d.l. 44/2021, CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187.

¹⁰¹ MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.

¹⁰² Secondo quella che era, invece, la prospettiva di MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 1 ss., volta a denunciare «l’*habitus* di tipo emergenziale» consolidatosi a livello legislativo e foriero di una «significativa estensione dell’intervento penale».

¹⁰³ Fenomeno che CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 18, collega proprio alla più recente temperie legislativa, specie nel contesto della crisi pandemica.

¹⁰⁴ Così BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario*, cit., 3. Per una riflessione sul diverso statuto della responsabilità degli operatori sanitari a fronte di rischi «normali» e di rischi «eccezionali» o «emergenziali», in un momento antecedente rispetto all’introduzione degli “scudi pandemici”, v. ancora BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa ai tempi del coronavirus*, cit., 96 ss.

¹⁰⁵ Così BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario*, cit., 3, il quale, riferendosi all’art. 3-*bis* d.l. 44/2021, ha riconosciuto come «la previsione di una norma *ad hoc* ha avuto una sua plausibilità».

Sul piano del *rationale* di siffatti «limitatori di penalità»¹⁰⁶, occorre innanzitutto evidenziare come l'evocata *natura eccezionale* delle “norme scudo” in materia di responsabilità medica sia – a ben vedere – più apparente che reale. Da più parti è stato in effetti evidenziato come gli “scudi pandemici” approntati dal d.l. 44/2021 fossero disposizioni in fin dei conti prive di una reale portata innovatrice, caratterizzandosi piuttosto come meramente ricognitivi dei principi generali che assistono l'imputazione del fatto colposo¹⁰⁷. In relazione alla norma limitativa della responsabilità dei vaccinatori, in particolare, era la stessa Relazione illustrativa al decreto ad ammettere come lo “scudo” fosse più che altro una «espressione dei principi generali dell'imputazione soggettiva»¹⁰⁸, posto che la conformità della condotta dell'operatore sanitario alle indicazioni protocollari (tanto “cliniche” quanto “organizzative”) che regolano l'attività di vaccinazione avrebbe già dovuto valere a escludere la possibilità di formulazione di un rimprovero colposo¹⁰⁹. Rispetto alla più generale protezione offerta dal successivo art. 3-*bis*, invece, è stato in dottrina sottolineato come tale norma «tutto sembra fuorché una norma eccezionale, perché rappresenta una declinazione di principi generali dell'ordinamento [...] e si atteggia a diretta specificazione della regola di giudizio ricavabile dall'art. 2236 c.c.»¹¹⁰, risultando la disposizione in sé «priva di utilità applicativa» in quanto per i casi da essa contemplati «vi era già protezione giurisprudenziale»¹¹¹. Analogo giudizio – a noi pare – può essere da ultimo formulato in relazione

¹⁰⁶ V. *supra*, nota n. 7.

¹⁰⁷ In questo senso, con riferimento all'art. 3 del d.l. 44/2021, PIRAS, *La non punibilità per eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, cit., par. 2; FURIA, *Lo “scudo penale”*, cit., 10; PENCO, “*Norma-scudo*” o “*norma-placebo*”?”, cit., par. 3; in relazione all'art. 3-*bis*, ancora, PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 4. In una prospettiva più generale, per una critica al modello delle “norme scudo” nel contesto pandemico, stante l'operatività dei principi generali in materia di illecito colposo, v. ancora BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa ai tempi del coronavirus*, cit., 100. Sul punto v. anche le perspicue considerazioni di CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit., 4, il quale teorizza «una sorta di sussidiarietà penalistica capovolta, una “*extrema ratio* della non punibilità”, ossia un ideale regolativo che impegna il legislatore e l'interprete a verificare l'esistenza e la tenuta di soluzioni di esonero o di mitigazione della responsabilità penale già esistenti nel sistema, prima di ... moltiplicare gli enti senza che sussista una reale necessità».

¹⁰⁸ In questo senso il testo della Relazione illustrativa del d.l. 44/2021, richiamato in PENCO, “*Norma-scudo*” o “*norma-placebo*”?”, cit., par. 3.

¹⁰⁹ Così anche PIRAS, *La non punibilità per eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, cit., par. 2.

¹¹⁰ CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1183.

¹¹¹ PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit., par. 4.

ai più recenti commi 8-*septies* e 8-*octies* dell'art. 4 d.l. 215/2023, proprio alla luce della più volte ricordata vicinanza strutturale con il modello dell'art. 3-*bis* d.l. 44/2021: cambia la natura dell'emergenza, ma rimane ferma l'idea che la stessa determini una situazione di contesto particolarmente difficile entro la quale la responsabilità penale può essere giustificata solo in presenza di una colpa grave, secondo il già richiamato paradigma dell'art. 2236 c.p.¹¹².

Dunque, più che svolgere una funzione davvero di *disciplina*, le “norme scudo” che hanno scandito la recente normativa in materia di responsabilità penale degli operatori sanitari sembrano voler assolvere un compito precipuamente *comunicativo*, veicolando il loro messaggio in una duplice direzione. Da una parte, esse mirano a rassicurare la categoria professionale direttamente interessata, tradizionalmente esposta – anche a prescindere dai contesti emergenziali – a un significativo rischio-responsabilità: disposizioni che dunque, in questo senso, altro non sarebbero che «norme placebo»¹¹³, gocce di «*valium* legislativo»¹¹⁴ funzionali innanzitutto a contenere l'effetto collaterale negativo della *defensive medicine*¹¹⁵. Dall'altra, si tratta di norme che si rivolgono direttamente al formante giurisprudenziale, nell'ottica di ribadire la necessaria valorizzazione di categorie spesso neglette nella prassi applicativa dell'illecito colposo – su tutte quella della misura soggettiva della colpa – delle quali invece il recente contesto pandemico ha dato una plastica (e spesso tragica) rappresentazione concreta¹¹⁶.

¹¹² Alla luce di tale analogia strutturale riteniamo possa essere riconosciuta anche alla fattispecie in parola la natura di «scusante soggettiva, codificata per fornire certezza all'interprete nello screening sull'esigibilità del comportamento alternativo doveroso» riconosciuto all'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 da CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184.

¹¹³ Espressione che già avevamo utilizzato in PENCO, “Norma-scudo” o “norma-placebo”?; cit.

¹¹⁴ PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 4.

¹¹⁵ Con riferimento alla capacità comunicativa e in qualche modo “rassicuratrice” delle “norme scudo” sia consentito il rinvio a PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 1, 31 ss. Rispetto all'introduzione dello “scudo Milleproroghe”, in questo senso, assumono un certo rilievo le reazioni della categoria professionale interessata: il segretario della ANAAO-ASSOMED, Pierino Di Silverio, ha parlato di «vittoria della dignità professionale» (“*Scudo penale è vittoria della dignità professionale*”. *Intervista a Di Silverio Segretario Nazionale*, in www.anaao.it, 14 febbraio 2024); il presidente FNMCCO, Filippo Anelli, ha affermato che con l'introduzione della norma in parola «è stato ascoltato il grido di dolore dei medici» (Anelli (Fnomceco): “*Ascoltato il grido di dolore dei medici. Ora riforma responsabilità medica*”, in www.quotidianosanita.it, 13 febbraio 2024).

¹¹⁶ In questa prospettiva è stato da più parti evidenziato come le “norme scudo” introdotte nel periodo

Ora, si è detto come il modello delle “norme scudo”, pur con tutti i limiti sopra sinteticamente elencati, possa rivelarsi in taluni frangenti quanto meno «plausibile»¹¹⁷, forse finanche e in una certa misura utile. Un giudizio, questo, che tuttavia si può attagliare a quei frangenti *davvero* emergenziali, nei quali la disciplina “ordinaria” sia manifestamente inapplicabile e dunque possano recuperare una qualche rilevanza quelle esigenze comunicative alle quali si è fatto in precedenza riferimento: si pensi, ad esempio, al primo periodo della crisi pandemica, nella quale i medici di *front line* hanno dovuto far fronte ad un virus ignoto con metodi totalmente *off label*¹¹⁸. Certo, l’approccio particolaristico veicolato da interventi normativi di questo tipo si paga sul piano di un’erosione della «dogmatica condivisa della colpa», esposta al fenomeno francamente squalificante per il quale «anche i più basilari schemi di imputazione vengono divelti per veicolare un messaggio di rassicurazione di questo o quel gruppo di cittadini»¹¹⁹.

Ben più problematico, invece, diviene a nostro avviso il paradigma dello “scudo penale” laddove la pretesa emergenza che giustifica la limitazione della punibilità assuma tratti diversi, andandosi a qualificare – come avviene per la situazione di «grave carenza di personale sanitario» – come un accadimento, per così dire, non più *imprevisto ed eccezionale* ma *endemico e strutturale*, essendo lo stesso da tempo conosciuto, monitorato, “quantificato”¹²⁰; ci

pandemico denunciassero una sfiducia di fondo nella capacità della magistratura di fare buon governo dei principi fondamentali in materia di colpa professionale, rivolgendosi tali disposizioni in prima battuta alle Procure della Repubblica, affinché operassero un’attenta verifica prima di iscrivere nel registro degli indagati i professionisti sanitari: sul punto, in particolare, CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1175 ss. e 1188; volendo, anche PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità*, cit., 30 ss. Con particolare riferimento allo “scudo Milleproroghe” lo stesso PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit., par. 4, riconosce come un profilo di utilità della fattispecie sarebbe dato, in fondo, dalla scarsa valorizzazione giurisprudenziale del principio per cui in situazioni di emergenza la punibilità deve essere limitata all’imperizia grave, secondo il modello dell’art. 2236 c.c.; un principio la cui «cristallizzazione legislativa, sia pure limitata a certe situazioni di emergenza, dovrebbe indurre a una più frequente valutazione di tutte le situazioni emergenziali con il filtro della colpa grave».

¹¹⁷ V. *supra*, nota n. 105.

¹¹⁸ In questo senso, rispetto all’art. 3-bis d.l. 44/2021, v. le considerazioni di CUPELLI, *Gestione dell’emergenza pandemica e rischio penale*, cit., par. 7; CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1188.

¹¹⁹ Così CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 19, riferendosi al proliferare di statuti differenziati dell’illecito colposo nel contesto dell’emergenza pandemica.

¹²⁰ V. *supra*, nota n. 16.

sembra lecito dubitare del fatto che una tale situazione “di contesto” esiga davvero la costruzione di un nuovo e ulteriore statuto colposo differenziato, ben potendosi piuttosto fare affidamento sull’operare di quei «principi generali di ispirazione razionale» che governano (o dovrebbero governare) il *crimen culposum*¹²¹.

Lo “scudo Milleproroghe”, in definitiva, vuole raccogliere il testimone di quelle “norme scudo” che costituiscono uno dei più rilevanti lasciti del c.d. «diritto penale pandemico»¹²²: in quel frangente di crisi il paradigma dello “scudo penale” – già sperimentato in relazione, ad esempio, alla vicenda Ilva¹²³ – si è in effetti scoperto particolarmente funzionale alla gestione della preoccupazione diffusa in molte categorie professionali che all’epidemia virale potesse fare seguito una vera e propria «epidemia penale»¹²⁴. Dobbiamo tuttavia chiederci se quella delle “norme scudo” sia un’eredità della quale davvero il nostro sistema penale sentiva il bisogno; ancora prima, è l’idea stessa per la quale l’emergenza (*ogni* emergenza) renda nuovamente percorribile un modello “eccezionale” di disciplina che sollecita a domandarsi fino a quando, abusando della pazienza degli interpreti, il legislatore possa individuare una nuova, diversa, e sempre pressante situazione emergenziale idonea a giustificare un intervento *ad hoc* a favore di questa o quella categoria di soggetti.

Davvero intendiamo perpetrare *ad libitum* un sistema di responsabilità penale medica “a doppio binario”, fondato sulla compresenza di una norma per le situazioni di normalità e di una per le situazioni di emergenza¹²⁵? Non sarebbe piuttosto preferibile disporre – per il futuro – di una regola di disciplina unitaria, capace di governare tanto le condizioni fisiologiche quanto quelle pato-

¹²¹ CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 19.

¹²² PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 503 ss.

¹²³ Con riferimento all'utilizzo della tecnica dello “scudo normativo” nella vicenda Ilva v. ZIRULIA, *La (perenne) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro*, in www.sistemapenale.it, 18 novembre 2019; GRECO, *Lo “scudo penale” dell'ILVA tra qualificazione giuridica e diritti fondamentali*, in www.laegislazionepenale.eu, 8 maggio 2020; volendo, PENCO, *Esenzione da responsabilità per attività autorizzata nella vicenda ILVA: considerazioni a margine del c.d. “scudo penale”*, *ivi*, 1° aprile 2020.

¹²⁴ PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., 504.

¹²⁵ BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario*, cit., 5 ss.

logiche-emergenziali di esercizio dell'attività medica, valorizzando in chiave positiva i principi sistematici di riferimento dell'illecito colposo?

7. *Verso la futura articolazione della colpa medica: oltre l'eredità della stagione delle "norme scudo".* Le riflessioni che abbiamo condotto (anche) a partire dalla norma in materia di responsabilità penale degli operatori sanitari contenuta nel decreto "Milleproroghe" non possono che portarci a formulare l'auspicio di un abbandono della logica particolaristica sottesa agli "scudi penali", a favore di uno sforzo di riforma che vada a cesellare uno strumento normativo utile tanto in situazioni di "calma" quanto in periodi "di fibrillazione".

Da questo punto di vista guardiamo naturalmente con estremo interesse a quello che sarà il frutto dei lavori della Commissione di studio istituita dal Ministro Nordio, dai quali potrà prendere l'avvio una complessiva riforma della colpa (anche) penale del medico. Nell'attesa di conoscere il contenuto delle proposte elaborate dalla Commissione, riteniamo comunque utile evidenziare quello che - a nostro modestissimo avviso - dovrebbe essere l'approccio metodologico al quale improntare ogni possibile rivisitazione dell'assetto della responsabilità penale medica: l'esigenza più forte ci sembra, in questo senso, quella di una *marcata semplificazione*.

Una semplificazione che passi innanzitutto dalla struttura della futura fattispecie esimente, la quale dovrà - ad un tempo - costituire uno strumento efficace nelle mani del giudice, senza tuttavia prestarsi a torsioni applicative che vanifichino il *novum* legislativo, e veicolare un messaggio immediatamente comprensibile e idoneo a contenere le derive della medicina difensiva. Un obiettivo che, così come lo si è appena descritto, potrebbe sembrare utopistico, ma che può essere alla portata del legislatore futuro, laddove questi intenda costruire il nuovo assetto "di sistema" prendendo le mosse da alcuni profili intorno ai quali si è registrata un'ampia convergenza fra gli interpreti.

In questo senso, riprendendo le convinzioni che già abbiamo espresso in altra sede e nella consapevolezza dei limiti di un'elencazione che non può che risultare rapsodica e solo indicativa, le linee portanti del futuro assetto della

responsabilità penale medica riteniamo dovrebbero essere¹²⁶:

a) il recupero sul piano normativo della *distinzione fra colpa lieve e colpa grave*, e la limitazione della rilevanza penale della condotta soltanto a quest'ultima. Si tratta, in effetti, di un primo aspetto che gode di ampia condivisione fra gli operatori¹²⁷, e che purtuttavia implica un imprescindibile sforzo definitorio funzionale a delineare i tratti della colpa grave, al fine di contenere il fenomeno di supplezza giurisprudenziale, spesso foriero di incertezze sul piano applicativo¹²⁸. In questa prospettiva, ci sembra virtuoso il modello offerto dall'art. 3-*bis* d.l. 44/2021 - e perpetuato dal comma 8-*octies* dell'art. 4 d.l. 215/2023 - volto a delineare *per tabulas* alcuni criteri per il giudizio circa il grado della colpa. Si tratta, come abbiamo visto, di indicatori costruiti sulla base delle caratteristiche delle diverse situazioni di emergenza poste a fondamento delle due disposizioni citate, e che pertanto il legislatore dovrà riparametrare alle condizioni di "normalità" dell'esercizio dell'attività medica; in tal senso la futura positivizzazione del "volto" della colpa grave non potrà prescindere - a noi pare - dal recupero di quella colpevolezza colposa valorizzata dalle "norme scudo" richiamate, ben potendo guardare anche agli ulteriori parametri (quali lo scostamento dalla regola di diligenza, le motivazioni della condotta, la prevedibilità dell'evento) individuati dalla giurisprudenza di legittimità¹²⁹;

¹²⁶ Le considerazioni che seguono riprendono e sviluppano le riflessioni già svolte in PENCO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari*, cit., 230 ss.

¹²⁷ In questo senso va, ad esempio, la proposta di riforma articolata dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, con la bozza di una nuova formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p., in merito alla quale v. CAPUTO, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, in www.aipdp.it; ancora, relativamente alla necessaria rilevanza della sola colpa grave, v. *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di Forti-Catino-D'Alessandro-Mazzucato-Varraso, Pisa, 2010, 199; CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590-*sexies* c.p.)*, in www.sistemapenale.it, 20 giugno 2022; MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 179 ss.; CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Torino, 2022, 321.

¹²⁸ In questo senso, sulla necessità di addivenire a una definizione positiva del concetto di colpa grave, v. *Il problema della medicina difensiva*, cit., p. 199; CAPUTO, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, cit., 10 ss.; MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 204 ss. Di là dal settore dell'attività medica, per una riflessione più generale sull'opportunità della positivizzazione di criteri identificativi della colpa grave v. POLI, *La colpa grave*, cit., 414 ss.

¹²⁹ In questo senso, per una valorizzazione in chiave normativa degli indici giurisprudenziali di gravità

- b) una *rivalutazione critica del ruolo delle linee-guida e delle buone pratiche*, elementi che nell'attuale sistema assumono una funzione primaria nella prospettiva del contenimento delle istanze di criminalizzazione. Abbiamo avuto modo di richiamare in sintesi i profili problematici che tali strumenti hanno presentato, specie in relazione a contesti "eccezionali" di rischio epidemico¹³⁰; a noi pare dunque che, nell'ottica di costruire uno strumento volto a regolare tanto le contingenze ordinarie quanto quelle emergenziali dell'attività medica, l'adesione alle *clinical practice guidelines* o alle *best practices* si presti piuttosto a essere valorizzata alla stregua di un indice di valutazione del grado della colpa, anche tenendo conto dell'osservanza di linee-guida non ancora accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate¹³¹;
- c) ampliando lo sguardo oltre la futura (ri)formulazione di una fattispecie esimente rivolta all'attività medica, ci sembra urgente una riflessione sull'implementazione di *meccanismi normativi che consentano una migliore allocazione "verso l'alto" della responsabilità penale*, per uscire dall'attuale *impasse* che - come si è accennato - vede il rischio-responsabilità distribuito per lo più "verso il basso", sui medici in prima linea a contatto con i pazienti. In questo senso, oltre all'imprescindibile responsabilizzazione (anche) delle figure apicali delle aziende e delle strutture sanitarie (di certo non favorita dall'operare delle "norme scudo", idonee piuttosto a mantenere lo *status quo*¹³²), riteniamo debba essere seriamente presa in considerazione la possibilità di estendere la responsabilità amministrativa da reato degli enti di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 anche alle strutture sanitarie in caso di evento morte o lesioni derivanti dall'errore medico¹³³;
- d) ancora, e sempre in una prospettiva più trasversale, occorre tornare a ragionare sulla funzionalità di un *modello alternativo di risoluzione del conflitto*

della colpa, v. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari*, cit., par. 3.

¹³⁰ Sul punto v. *supra*, par. 2, note nn. 13 e 14.

¹³¹ In termini analoghi CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari*, cit., par. 4.

¹³² V. *supra*, par. 4.1., nota n. 53.

¹³³ Su questo profilo v. le riflessioni di ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 358 ss., e MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie*, cit., 239 ss.

tra medico e paziente, in conformità al paradigma della giustizia riparativa¹³⁴. Si tratta di una suggestione che, a ben vedere, già costituiva una delle colonne portanti del progetto di riforma avanzato nel 2010 dal Centro Studi Federico Stella, ove proprio all'*enforcement* di un sistema di *restorative justice* nel settore della responsabilità penale medica erano dedicati quasi i due terzi della proposta di articolato normativo¹³⁵. Nel contesto attuale, in cui disponiamo finalmente di un sistema positivo di giustizia riparativa grazie alla riforma attuata con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, ci sembra possano e debbano essere recuperate le riflessioni sulle potenzialità che tale modello alternativo può presentare rispetto al settore dell'attività sanitaria¹³⁶.

¹³⁴ In relazione all'operare di modelli di giustizia riparativa nel settore della responsabilità medica v. MAZZUCATO-VISCONTI, *Dalla medicina narrativa alla giustizia riparativa in ambito sanitario: un progetto "integrato" di prevenzione delle pratiche difensive e di risposta alla colpa medica*, in *Riv. med. leg.*, 2014, 847 ss.

¹³⁵ Il riferimento è alla proposta di riforma articolata in *Il problema della medicina difensiva*, cit., 199 ss.; con riferimento all'importanza dei programmi di giustizia riparativa nell'economia del progetto in parola v. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto*, cit., 941 ss.

¹³⁶ Sul tema di recente, alla luce dell'esperienza della crisi pandemica, MATTEVI, *Giustizia riparativa e pandemia. Spunti di riflessione con particolare riferimento al contenzioso in ambito sanitario*, in www.la-legislazionepenale.eu, 22 settembre 2021.